Der sog. Ersatzaussonderungsanspruch im Konkurse.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Josef Schneider

Referendar am L. G. in Oppeln,

z. Zt. Einjährig-Freiwilliger Unteroffizier im Infanterie-Regt. v. Winterfeldt (2. O.-S.) Nr. 23.

Neisse.

F. Bär's Buchdruckerei, G. m. b. H.

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Begriff der Aussonderung im Allgemeinen	1—4
§§ 2—7.	I. Voraussetzungen des sog. Ersatzaussonderungsanspruchs	5—23
	A. Mittelbare:	
	Vorheriges Bestehen eines Aussonderungsrechts; ein solches besteht hinsichtlich:	
§ 2.	1. der Gegenstände, welche	5—7
§ 3.	2. dem Gemeinschuldner nicht gehören .	7—12
§ 4.	B. Unmittelbare:	
	Verlust des Aussonderungsrechts durch eine Veräußerung; diese muß:	12—16
§ 5.	1. eine entgeltliche sein	16—18
§ 6.	2. muß sie durch den Gemeinschuldner **vor** oder durch den Konkursverwalter **nach** der Konkurseröffnung erfolgt sein; im ersteren Falle muß die Gegenleistung noch ausstehen	18—20
§ 7.	C. Das durch die Veräußerung untergegangene Aussonderungsrecht müßte noch zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs aus § 46 K. O. bestanden haben	20—23
§§ 8—11.	II. Eigenarten des sogen. Ersatzaussonderungsanspruchs	23—39
	Die Auffassung:	
§ 8.	1. als rei vindicatio utilis	23—26
§ 9.	2. als ein Masseanspruch nach § 59 K.O.	26—30
§ 10.	3. als ein Aussonderungsanspruch . .	30—38
§ 11.	ist nicht richtig. Er ist vielmehr ein besonders gearteter Ersatzanspruch für das untergegangene Aussonderungsrecht	38—39

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 68, Freiburg i. B. 1885.
v. Aufseß, Freiherr, Konkursrecht und Konkursverfahren, Leipzig 1899.
Bernstein, Allgemeine deutsche und allgemeine österreichische Wechselordnung, Breslau 1898.
Breitling, Grundzüge des Konkursrechts und Konkursverfahrens, Stuttgart 1882.
Brückner, Johannes, Der § 46 der K. O., Borna-Leipzig 1904.
v. Canstein, Freiherr, Lehrbuch des Wechselrechts, Berlin 1890.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd., 4. Aufl., Jena 1903, II. Bd., 3 Aufl., Jena 1901.
Dernburg-Biermann, Pandekten, Bd. I, 7. Aufl. -- Berlin 1902.
Dungs: In den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, II. Jahrgang, Berlin 1888.
Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889.
Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. I, Marburg 1900.
Entwurf einer Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst Einf.-Gesetz, Motiven und Anlagen, 3. Aufl., Berlin.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl., München 1904.
Fitting, Reichskonkursrecht und Konkursverfahren, 3. Aufl., Berlin 1904.
Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts, I. Bd., 2. Aufl. Berlin 1869 und I. Bd., 6. Aufl. Berlin 1892.
Freund, Rudolph, Der Eingriff in fremde Rechte (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts von Leonhard), Breslau 1902.
Goldschmidt: In seiner Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 28, Stuttgart 1882.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 46. Jahrgang, Berlin 1902.
Grünhut, W.-O., 2. Bd., Leipzig 1897.
Hahn, Die gesammelten Materialien zu der Konkursordnung.
Hallbauer, Aphorismen aus dem Gebiete der Sicherheitsübereignung im Sächs. Archiv für Rechtspflege, 1907.
Hellmann, Friedrich, Deutsches Reichskonkursrecht in Birkmeyers Enzyklopädie, Berlin 1901.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. 13.

Hullmann, Konkursordnung, Nördlingen 1879.
Jaeger, Konkursordnung, Berlin 1902.
Iherings Jahrbuch, Bd. 16, Jena 1878.
Isay Hermann: In Dr. Otto Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs, 6. Bd., 1. Heft, Jena 1900.
Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Stuttgart 1893.
„ Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.
Lang: Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 83, Freiburg i. B. und Leipzig 1894.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, Bd. 1.
Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 3. Aufl., Freiburg i. B. 1885.
Meißner, Die deutsche Konkursordnung, Berlin 1881.
Mewes, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich (Schmidt, Lehrbuch des deutschen Rechts und Prozesses), Breslau 1881.
Meyer Karl, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, München 1899.
Oetker: In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 25, Berlin 1899.
„ Das Verfolgungsrecht. Kassel 1883.
„ Konkursrechtl. Grundbegriffe, Bd. I: Die Gläubiger, Stuttgart 1891.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. und Lahr 1890.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 3. Aufl. — Berlin 1903.
Regelsberger, Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893.
„ Im Archiv f. zivilistische Praxis, Bd. 63, Tübingen und Leipzig 1880.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts von Mugdan und Falkmann, Bd. 15.
Rehbein, Allgemeine deutsche Wechselordnung mit Kommentar, 6. Aufl., Berlin 1900.
Richter, Das Verfahren nach der Reichskonkursordnung, Berlin 1885.
Rintelen, Das Konkursrecht, 2. Aufl., Halle a. S. 1902.
Romeick, Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft 3: Rechtsnachfolge — Stuttgart 1904.
v. Sarwey-B., Konkursordnung, 4. Aufl., Berlin 1901.
Schellnig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Erlangen 1880.
Seuffert Lothar, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, I. Abt.: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse, Nördlingen 1888.
„ Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 7 Bd., München 1854.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.
Sieburg Felix, Das Aussonderungsrecht mit Ausschluß des Verfolgungsrechts, Borna-Leipzig 1906.
Staub, Kommentar zum H. G. B., 8. Aufl., 2 Bd., Berlin 1907.
Stieglitz, Konkursordnung für das Deutsche Reich, neue unveränderte Ausg., Freiburg i. B. 1887.

Sydow-Busch, Konkursordnung, 9. Aufl., Berlin 1902.
v. Voelderndorff, Freiherr, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, I. Bd., 2. Aufl., Erlangen 1885.
Voß: Im Archiv f. zivilistische Praxis, Bd. 71 — Freiburg i. B. 1887.
v. Wächter, Pandekten, Bd. I, Leipzig 1880.
Wengler, Die Konkursordnung, Leipzig 1879.
Werthauer: In Grünhuts Zeitschrift f. privates und öffentliches Recht, Bd. 13, Wien 1886.
v. Wilmowski, Reichskonkursordnung, 6. Aufl., Berlin 1906.
Willenbücher, Die Reichskonkursordnung, 2. Aufl., Berlin 1896.
Windscheid, Pandekten, 1. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1900.
Wochenschrift, juristische, von 1906 und 1907.

Begriff der Aussonderung im Allgemeinen.

§ 1.

Der Konkurs bezweckt die möglichst gerechte, anteilweise Befriedigung aller Konkursgläubiger. Um dies zu erreichen, wird das „gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört", — die Konkursmasse des § 1 K. O. — der Verwaltung des Konkursverwalters unterstellt. Der Gemeinschuldner selbst kann mit Wirksamkeit gegen die Konkursgläubiger über dieses Vermögen nicht mehr verfügen, — § 7 K. O.

Nicht zur Konkursmasse gehören außer dem der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners

1. sein erst nach der Konkurseröffnung erworbenes Vermögen,
2. alle Gegenstände, die zwar in seinem Besitz oder äußeren Verfügungsbereich sich befinden, aber zum Vermögen eines anderen gehören.

Der Konkursverwalter kann nicht ohne weiteres übersehen und erkennen, was alles zur Konkursmasse gehört. Infolgedessen wird er oft sowohl zu viel als zu wenig gegenüber der wirklich vorhandenen Masse als vermeintliche Masse in Anspruch nehmen.[1])

[1]) Seit Oetkers Ausführungen in seinen „konkursrechtlichen Grundbegriffen" — Bd. I, S. 10 ff. — ist es in der Literatur üblich, den Inbegriff der Gegenstände, welche der Konkursverwalter demnach als Masse anspricht, „Istmasse" zu nennen, im Gegensatz zur „Sollmasse", der oben definierten Konkursmasse (ebenso Fitting, S. 260, Jaeger, S. 305, 336; v. Wilmowski, S. 31, Nr. 2 S. 198, Z. 3). Wenn auch eine Unterscheidung dieser beiden Massen durchaus gerechtfertigt ist, so dürfte doch die Bezeichnung „Ist-" und „Sollmasse" nicht treffend genug erscheinen. Besser und richtiger wäre es vielleicht, die sogenannte „Istmasse" „Scheinmasse" und die sogenannte „Sollmasse" „Istmasse" zu nennen, da an dem Massebestande dadurch, daß der Konkursverwalter nicht zur Masse gehörige Gegenstände zu ihr schlägt oder zu ihr gehörige nicht zu ihr zieht, nichts geändert wird; die Masse **ist** und bleibt dieselbe; denn die Tätigkeit des Konkurs-

Nimmt nun der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner gehörige Gegenstände für die Masse in Anspruch, die rechtlich nicht zur Masse gehören, so können dem Gemeinschuldner hieraus civilrechtliche Ansprüche erwachsen. Als solche können ihm insbesondere Besitzansprüche zustehen. Dem Konkursverwalter steht nämlich ein Recht auf Besitzergreifung nur hinsichtlich der Konkursmasse zu; über das nicht zur Masse gehörige Vermögen bleibt der Gemeinschuldner, — da dieses Vermögen vom Konkurse in keiner Weise berührt wird, — frei verfügungsberechtigt. Eine Besitzergreifung solcher Gegenstände durch den Konkursverwalter, — soweit sie ohne oder wieder den Willen des Gemeinschuldners erfolgt, — ist demnach unzulässig und kann von diesem angefochten werden; so steht ihm z. B. gemäß § 72 K. O. die Erinnerung aus § 766 C. P. O. zu.

Gleichzeitig stellt eine solche Besitzergreifung eine ungerechtfertigte Bereicherung der Konkursmasse insoweit dar, als der Besitz Vermögenswert hat (s. unten; vergl. § 59, 1 u. 3 K. O.).

Andererseits kann es sich ereignen, wie es bei Spezial-Exekution vorkommt, daß Sachen, die nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehören, gepfändet werden, so auch im Konkurse Vermögensgegenstände zur Masse gezogen werden, die nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten gehören.

Auch in diesem Falle können Rechte des Gemeinschuldners dadurch verletzt werden und es liegt nahe, dann dem Gemeinschuldner Besitzschutz durch Gerichtshülfe zuzubilligen. Das wäre aber insoweit unrichtig, als der Besitz in den Regelfällen einen Vermögenswert darstellt und zwar, da der Besitz dem Gemeinschuldner zusteht, einen Vermögenswert des Gemeinschuldners.[1]) Das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehörende Vermögen gehört aber zur Masse, also auch ihm zu-

---

verwalters ist nicht rechtschaffender Natur (ebenso Sieburg, S. 2, Seuffert, K. P. R. S. 282, Anm. 4; a. M.: Oetker, Verfolgungsrecht S. 88 ff.). Demgemäß scheint der Inbegriff der Gegenstände, die der Konkursverwalter als Masse anspricht, lediglich die Masse darzustellen. Er ist mithin eine Scheinmasse.

[1]) Vgl. Brückner, S. 9: Wenn er dort sagt, „dem Gemeinschuldner fehlt hier jedes Mittel, gegen den Verwalter vorzugehen“, so ist dies in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

stehende Besitzrechte, sofern sie einen Vermögenswert darstellen. In diesem Falle sind also Besitzklagen ausgeschlossen, trotzdem eine nicht zur Konkursmasse gehörige Sache zur Masse eingezogen wird und zwar deshalb, weil der Besitz der Sache als Vermögensobjekt zur Masse gehört. In diesem Falle wäre demnach die Besitzergreifung durch den Konkursverwalter zulässig.

Die Besitzergreifung durch den Konkursverwalter muß sich aber in einem solchen Falle auch der dritte Berechtigte gefallen lassen, falls der Gemeinschuldner ihm gegenüber zum Besitze berechtigt ist; dies jedoch nur insofern, als der Konkursverwalter nur den Besitz, nicht die Sache selbst zur Masse zieht.[1] [2]

Anders liegt dagegen die Sache, wenn der Konkursverwalter nicht nur den Besitz einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache, sondern — und das wird er regelmäßig tun — die Sache selbst, das corpus, für die Masse in Anspruch nimmt. In diesem Falle wird bei der Bestimmung der Konkursmasse, der Befriedigung der Gläubiger zu dienen, das Recht des Dritten gefährdet. Es muß ihm daher ein Mittel gegeben sein,

---

[1]) Die obigen Ausführungen können nur für körperliche Gegenstände — Sachen im Sinne des B. G. B. — Geltung beanspruchen; denn an Rechten kann, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nach heutigem Recht ein Besitz nicht bestehen.

[2]) Man könnte allerdings zweifeln, ob der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung überhaupt noch Besitz an der Sache und also auch die Besitzklagen hat. Man könnte sagen, der G. Sch. verliere seinen Besitz an den Verwalter, nur dieser sei Besitzer; so Förster-Eccius, Bd. I, 2. Aufl., S. 748; a. M., 6. Aufl., S. 793, Ziff. 2. Diese Ansicht muß jedoch als irrig bezeichnet werden; denn der Verwalter nimmt die zum Vermögen des G. Schs. gehörigen Sachen (§ 1 K. O.) in Besitz (§ 6 K. O.) und zwar in eigenem Namen; er besitzt sie in einem gesetzlich geregelten, dem in § 868 B. G. B. einzelnen aufgeführten ähnlichen Verhältnisse, kraft dessen er dem Gemeinschuldner gegenüber zum Besitze berechtigt, den Gläubigern gegenüber verpflichtet ist (§ 868 B. G. B.); er ist daher unmittelbarer, der G. Sch. mittelbarer Besitzer (so Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 868 B. G. B.).

Würde daher dem Verwalter durch verbotene Eigenmacht der Besitz entzogen werden, so hätte nicht nur der Verwalter, sondern auch der G. Sch. die Besitzklagen auf Wiederherstellung des Besitzes des Verwalters und wenn dieser den Besitz nicht ergreifen will oder kann, auf Herausgabe der Sache an sich selbst. (§ 869 B. G. B.)

sein gefährdetes Recht zu schützen. Diesen Schutz gewähren ihm die §§ 43, 44, 45 K. O. durch das Recht der Aussonderung.

§ 43 K. O. bestimmt, daß die dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstände sowohl von dinglich wie von obligatorisch Berechtigten aus der Konkursmasse herausgefordert — ausgesondert — werden können, und daß sich das Aussonderungsrecht des einzelnen, — abgesehen von den §§ 44, 45 K. O. — nach dem Bürgerlichen Recht bestimmt.

Während § 44 K. O. den Kreis der Aussonderungsansprüche im Falle des Versendungskaufes erweitert, beschränkt § 45 K. O. das Aussonderungsrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners an den Gegenständen, die sie während der Ehe erworben hat, auf den Fall, daß sie nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

Sind jedoch die Gegenstände, deren Aussonderung hiernach gefordert werden kann, untergegangen oder veräußert worden, so ist die Möglichkeit einer Aussonderung nicht mehr gegeben. Im Falle einer, wenigstens entgeltlichen Veräußerung, erscheint es jedoch gleichfalls unbillig, wenn die Masse auf Kosten des Rechts des Berechtigten bereichert würde. Es ist daher ein Erfordernis der Billigkeit, daß dem Berechtigten auch in diesem Falle ein Schutz gewährt wird. Diesen Schutz verleiht dem Berechtigten der § 46 K. O., welcher lautet:

„Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkurs„masse hätte beansprucht werden können, vor der Er„öffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder „nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter „veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte „befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, „soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die „Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie „nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben ein„gezogen worden ist.“

Diese Bestimmung in ihrer Bedeutung zu würdigen, Voraussetzungen, Bedingungen und Eigenarten des hier gegebenen Anspruchs darzulegen, soll Aufgabe dieser Arbeit sein.

I. Voraussetzungen des Ersatzaussonderungsanspruchs.

A Mittelbare.

§ 2.

Voraussetzung des Anspruchs ist zunächst das Bestehen eines Aussonderungsrechts.

Wenn von den Sondervorschriften der §§ 44, 45 K. O. abgesehen wird, so ist ein Aussonderungsrecht gegeben hinsichtlich der Gegenstände, die nicht zur Masse gehören, aber zur Masse gezogen sind.

Der Begriff Gegenstand umfaßt körperliche Gegenstände — Sachen im Sinne des B. G. B. § 90 — und auch Rechte. Die Sachen können wiederum sein Einzelsachen und Sachinbegriffe.

Besonderheiten ergeben sich bezüglich des Sachinbegriffes, (universitas facti) z. B. eines Warenlagers. Werden aus einem Warenlager Sachen ausgesondert und veräußert, dann tritt der Erlös nicht an die Stelle der veräußerten Sachen; denn durch die Veräußerung scheiden die Sachen aus der universitas facti aus und verlieren somit ihre Zugehörigkeit zur Masse. Der hierfür erzielte Erlös gehört daher auch nicht zur Konkursmasse; er kann nur als einfache Konkursforderung geltend gemacht werden. Nur die noch vorhandenen Sachen des Warenlagers können ausgesondert werden.

Anders dagegen, wenn für den Erlös wieder neue Gegenstände angeschafft und dem Sachinbegriff einverleibt wurden; in diesem Falle gilt der Satz: res succedit in locum pretii.[1])

---

[1]) s. v. Völderndorff, Bd. I, S. 439 ff.; Meves, S. 53, 54; Sieburg, S. 6 ff.

Unter „Gegenständen“ sind ferner inbegriffen Rechte und zwar die selbständigen dinglichen Rechte zweifellos; denn der dinglich Berechtigte kann, da er eine persönliche Forderung nicht hat, als Konkursgläubiger nicht auftreten; „er kann nur außerhalb des Konkursverfahrens“, also im Wege der Aussonderung seinen Anspruch verfolgen.[1])

Aussonderung ist auch gegeben bei Forderungen, die an den Besitz einer Urkunde geknüpft sind; denn dann ist „die Forderung in der Urkunde verkörpert und deshalb als Sache zu behandeln.“ [2])

Bei anderen Forderungen wird eine Aussonderung seltener gegeben sein, weil nur wenige Fälle denkbar sind, in denen ein Streit „über die Person des Berechtigten“ entstehen wird. Möglich ist eine Aussonderung von Forderungen insbesondere bei der Cession und bei der Stellvertretung.[3])

Es kommen demnach als Aussonderungsberechtigte folgende Personen in Betracht: der Eigentümer, Miteigentümer und der Besitzer, der Erbbau-, — (§§ 1012—1017 B. G. B.) und der Erbpachtberechtigte (§ 1017 B. G. B. und E. G. z. B. G. B. Art. 63), die Berechtigten von persönlichen Grunddienstbarkeiten und von Grunddienstbarkeiten (§§ 1018—1019 B. G. B.), der Berechtigte aus dem dinglichen Vorkaufsrecht (§§ 1094—1104 B. G. B.).

Ferner derjenige, „der auf Grund eines Vertrages von dem Gemeinschuldner die Herausgabe eines Gegenstandes verlangen kann, den er dem Gemeinschuldner überlassen hat, ohne die Absicht, das Eigentum“,[4]) oder, falls es sich um ein Recht handelt, das Recht zu übertragen. Darunter fallen z. B. der Vermieter, der Verpächter, Verleiher, der Verpfänder nach Wegfall des Grundes der Verpfändung, der Hinterleger und der Einlagerer, der Auftraggeber, der Kommittent. Ferner kann Aussonderung verlangt werden wegen eines Anspruchs aus § 1007 B. G. B., sowie auf Grund eines Besitzrechts wegen

---

[1]) v. Völderndorff, S. 442 Nr. 3; ebenso Meves, S. 439; Sieburg, S. 6 ff.
[2]) v. Völderndorff, S. 442 Nr. 3; Endemann, S. 341 ff.; Sieburg, S. 8.
[3]) Sieburg, S. 8; v. Völderndorff, S. 444.
[4]) Seuffert, K. P. R., S. 93.

eines Anspruchs auf Wiedereinräumung des durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes (§ 841 B. G. B.).[1])

Es kann also sowohl der dinglich Berechtigte[2]) wie der persönlich Berechtigte die Aussonderung verlangen; es ist nicht erforderlich, daß der Gegenstand auch dem Berechtigten gehört. Ist der persönlich Berechtigte zugleich Eigentümer, so kann er sowohl auf Grund seines Eigentums als auch auf Grund seines obligatorischen Rechts das Aussonderungsrecht geltend machen. Sind Eigentümer und persönlich Berechtigter verschiedene Personen, so können sie natürlich auch beide ihre Aussonderungsrechte geltend machen.[3])

§ 3.

Als weitere Voraussetzung des § 46 K. O. ist erforderlich, daß die Gegenstände, die ausgesondert werden sollen, dem Gemeinschuldner nicht gehören.

Was heißt nun „gehören"? Ist „gehören" in demselben Sinne wie „in Eigentum stehen" zu verstehen, oder in dem weiteren Sinne „wirtschaftlich in seinem Vermögen sich befinden"? Je nachdem „gehören" in dem einen oder anderen Sinne auf-

---

[1]) Seuffert, S. 92 u. Anm. 3 und die dort angeführte Literatur; Jaeger, § 43 Anm. 8; Brückner, S. 10 ff. .

[2]) Der dinglich Berechtigte kann nicht aussondern, wenn sein dingliches Recht ein durch Rechtsgeschäft erlangtes Pfandrecht ist (§ 48 K. O.); dann kann er nur abgesonderte Befriedigung erlangen. Dasselbe gilt für die in § 49 Abs. 2 K. O. aufgezählten dinglichen Rechte.

[3]) Hierbei wird man unterscheiden müssen, ob der persönlich Berechtigte dem dinglich Berechtigten gegenüber zum Besitze berechtigt ist oder nicht.

Ist er zum Besitze berechtigt — es kann sich das natürlich nur auf Sachen beziehen, — so kann, falls Aussonderung mit Herausgabe identisch sein sollte — (siehe darüber § 10), der dinglich Berechtigte nicht Herausgabe an sich, sondern lediglich Herausgabe an den persönlich Berechtigten verlangen. (§ 869 B. G. B.)

Ist er dagegen dem dinglich Berechtigten gegenüber nicht zum Besitze berechtigt, so kann der dinglich Berechtigte Herausgabe an sich selbst verlangen. Es wird dann, wenn beide Aussonderung verlangen, § 69 C. P. O. in Anwendung kommen müssen; dasselbe wird gelten müssen, wenn der dinglich Berechtigte, dem gegenüber der persönlich Berechtigte zum Besitze berechtigt ist, Herausgabe an sich selbst verlangt.

gefaßt wird, können auch insbesondere fiduziarisch übertragene Gegenstände ausgesondert werden.[1])

Unter den fiduziarischen Rechtsgeschäften sind hauptsächlich zwei Arten hervorzuheben: fiduziarische Rechtsgeschäfte, bei denen das Eigentum oder das Recht mit der Abrede übertragen wird, daß das Eigentum oder das Recht des Erwerbers nach Eintritt gewisser Voraussetzungen seine Beendigung erfahren soll, sei es mit dinglicher, sei es mit nur obligatorischer Wirkung, z. B. die Sicherungsübereignung, und fiduziarische Rechtsgeschäfte, bei denen das Eigentum oder das Recht zwar endgültig übertragen wird, aber mit der Abrede, daß im Innenverhältnis derjenige, an den die Uebertragung erfolgt ist, von dem ihm übertragenen Rechte überhaupt nicht oder teilweise keinen Gebrauch machen soll, z. B. Indossierung von Wechseln zur Einziehung, ohne daß das Inkassomandat auf dem Wechsel vermerkt ist.

In beiden Fällen sind die Gegenstände Eigentum des Gemeinschuldners geworden und es sind dem Geber entweder zeitliche Schranken und zwar mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung oder obligatorische Schranken gesetzt, welche ihn verpflichten, von dem Maße seiner Berechtigung nicht den vollen Gebrauch zu machen.

Die Wissenschaft macht diese Unterscheidung von fiduziarischen Rechtsgeschäften meistens nicht. Es wird überwiegend die Ansicht des Reichsgerichts[2]) vertreten, daß diese Gegenstände dem Gemeinschuldner „zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich gehören“; diese Ansicht ist jedoch nicht richtig, vielmehr stehen diese Gegenstände ebenso im Eigentum des Gemeinschuldners wie Gegenstände, die er bereits verkauft, aber noch nicht übergeben hat. Auch ein bereits verkaufter, aber noch

[1]) Zu den fiduziarisch übertragenen Gegenständen gehören nicht diejenigen, die nur zum Schein in das Eigentum des Gemeinschuldners übergeben worden sind. In diesem Falle liegt ein simuliertes Rechtsgeschäft vor: ein solches ist aber nichtig (§ 117, 1 B. G. B.). Da also kein Eigentum auf den Gemeinschuldner übergegangen ist und außerdem die Konkursgläubiger nicht Dritte sind, die sich auf Erwerb in gutem Glauben berufen könnten, so können diese Gegenstände ohne Zweifel ausgesondert werden (s. Jaeger, Anm. zu § 43 K. O.).

[2]) R. G., Bd. 45 S. 80 ff.

nicht übergebener Gegenstand steht wirtschaftlich nicht mehr in dem Vermögen des Verkäufers, trotzdem ist bezüglich dieses Gegenstandes ein Aussonderungsrecht nicht begründet. Dasselbe muß auch hier gelten. Allerdings haben einzelne Mitglieder der Kommission zur Beratung der K. O.,[1]) wie sich dies aus der Entstehungsgeschichte des § 35 K. O. — jetzt § 43 — ergibt, die Absicht gehabt, in diesen Fällen ein Aussonderungsrecht zu gewähren. Es wurde wiederholt der Antrag gestellt, eine ähnliche Bestimmung, wie sie bereits die preußische K. O. für Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden in dem § 24 hatte, auch in die deutsche K. O. aufzunehmen. Die dahin gehenden Anträge Dr. Goldschmidt's wurden aber teils als bedenklich teils als überflüssig bekämpft und immer wieder von der Reichstagskommission abgelehnt. Es wurde jedoch schließlich „als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter" folgendes zu Protokoll [2]) konstatiert:

„Durch § 35 soll nicht ausgeschlossen sein, die Zurück-
„forderung von Wechseln und anderen durch Indossament
„übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern
„sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder
„mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie
„nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen,
„obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung"
„oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält."

Einzelne Mitglieder der Kommission sind also allerdings der Meinung gewesen, daß in diesen Fällen ein Aussonderungsrecht durch § 35 K. O. — jetzt § 43 K. O. — tatsächlich begründet sei. Doch kann, — wie dies aus dem Protokoll hervorgeht, — selbst die Absicht, ein Aussonderungsrecht zu gewähren, nur verwirklicht werden, wenn sich das Aussonderungsrecht aus dem Gesetz selbst ergibt; denn das Gesetz muß aus sich heraus betrachtet und beurteilt werden.[3]) Ebenso wie sich

---

[1]) Hahn, S. 161, 162; von Sarwey-Bossert, S. 203; Meißner, S. 143 ff.

[2]) s. Goldschmidt, S. 81 ff.

[3]) Werthauer hat daher Recht, wenn er in der Zeitschrift für priv. und öffentl. Recht von Grünhut, Bd. 13 S. 658, von einem faux pas der Gesetzgebung spricht; s. ebendort seine eingehenden und zutreffenden Ausführungen hierüber.

das Gesetz auch auf die Fälle, auf die es seinem Inhalte nach Anwendung findet, selbst dann erstreckt, wenn den gesetzgebenden Organen die Möglichkeit dieser Fälle gar nicht vorgeschwebt hat, ebensowenig erstreckt es sich auf die Fälle, auf die es zwar nach dem Willen dieser Organe angewendet werden sollte, auf die es aber nach seinem Inhalte nicht Anwendung finden kann.

Auch kann die geäußerte Ansicht dieser Mitglieder, daß das Gesetz einen von ihnen gewollten Willen wiedergebe, nur in beschränktem Maße für die Auslegung Bedeutung beanspruchen; sie ist lediglich Interpretation, aber keine authentische, sie hat nicht Gesetzeskraft. Interpretation ist nur dazu da, um „Zweifel aus der Fassung des Gesetzes, nicht seine Lücken zu beseitigen".[1]) Das Gesetz aber läßt es in unserem Falle nicht zweifelhaft, ob fiduziarisch übereignete Gegenstände ausgesondert werden können, vielmehr führt nach Regelsberger[2]) die juristische Folgerung, welche für die Aussonderungsrechte „im allgemeinen auf die zivilrechtlichen Bestimmungen" verweist und unter den neugeschaffenen den Anspruch aus der fiducia nicht aufgenommen hat, zu dem Schluß, daß fiduziarisch übereignete Gegenstände nicht ausgesondert werden können.[3]) Wenn dann später Regelsberger in seinen Pandekten, Bd. 1, S. 518 ff., seine Ansicht ändert und ein Aussonderungsrecht im Konkurse geben will, dagegen seine Ansicht über fiduziarische Rechtsgeschäfte beibehält, so ist das nicht konsequent.

---

[1]) Dungs, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, S. 12 ff.; ebenso Werthauer, S. 658, 659; besonders Goldschmidt, S. 83.

[2]) Regelsberger im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 63, S. 187.

[3]) so Regelsberger, l. c. S. 186 ff.; Lang, S. 341 ff.; Dungs, S. 12 ff.; Werthauer, S. 658 ff.; Goldschmidt, S. 83; Seuffert, l. c. S. 94, Anm. 10; Grünhut, S. 144, Anm. 5; Entsch. des Wiener Landgerichts, bestätigt vom obersten Gerichtshof daselbst in Seufferts A. Bd. 7, Nr. 349; vgl. auch Hallbauer, S. 463.

A. M.: Enneccerus-Lehmann, § 96; Dernburg-Biermann, S. 232; Kohler, Lehrb., S. 179; derselbe in Iherings Jahrb., Bd. 16, S. 353; v. Wilmowski, S. 199, Ziff. 5; v. Sarwey-Bossert, S. 205; Jaeger, S. 312, Anm. 20; Fitting, § 23; Endemann, S. 345; Willenbücher, S. 91; Rehbein, S. 42; v. Cantstein, S. 112; Bernstein, S. 113; Meisner, S. 156; Rintelen, S. 119; Motive zur K. O., S. 88; Brückner, S. 11.

Auch Kohler (in Iherings Jahrb., B. 16, S. 352/353) ist der Ansicht, daß es hier an einer gesetzlichen Bestimmung für die fiduziarischen Rechtsgeschäfte fehle und daß derartige Kundgebungen einzelner legislativer Organe der rechtschöpferischen Kraft entbehren; nur dasjenige gelte, was in gesetzlicher Form ausgesprochen sei, nicht dasjenige, was das eine oder andere oder alle Organe der Gesetzgebung zwar als ihre Ansicht geäußert, was aber in dem gesetzlichen Ausspruche keinen Ausdruck gefunden habe. Kohler glaubt trotzdem zu der Konstruktion berechtigt zu sein, daß fiduziarisch übertragene Gegenstände ausgesondert werden dürfen, weil es der Billigkeit und dem Rechtsgefühle entspreche, aber, so fügt er gleichzeitig hinzu, allerdings sei, wie Windscheid treffend hervorhebe, das Rechtsgefühl noch keine Rechtsquelle. Damit hat er, wie ich glaube, sich selbst wiederlegt.

Besonders treffend begründet den hier dargelegten Standpunkt Goldschmidt, l. c. S. 83, mit folgenden Worten:

„Daß beim fiduziarischen Geschäft der Indossatar Eigen„tümer werde gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber „dem Indossanten, verstößt wider die Fundamentalsätze „unseres Rechtes.

„Auf diesen Erwägungen beruhte mein in der Konkurs„kommission des deutschen Reiches wiederholt gestellter „Antrag, dem bisherigen Recht entsprechend, ausdrücklich „die hiernach singuläre Aussonderung der nur zu Inkasso„zwecken indossierten Wechsel vorzuschreiben. Es wird „wohl kaum mehr bezweifelt, daß die durch den Widerspruch „der Vertreter des Bundesrats bewirkte Ablehnung dieses „Antrages zu einem, — der feierlichen protokollarischen „Erklärungen der Konkurskommission und ihres Referenten „unerachtet, — sehr unbehaglichen Rechtszustand geführt „hat.“ [1])

[1]) Zu den fiduziarisch übereigneten Gegenständen gehört aber nicht ein Wechsel, der mit dem Prokuravermerk versehen ist; denn dem Prokura-Indossator ist nicht das Gläubigerrecht, sondern nur ein Inkassomandat übertragen. In diesem Falle muß demnach ein Aussonderungsrecht gewährt werden, da der Inkassomandatar nicht Gläubiger der Forderung ist und auch nicht als solcher nach außen hin erscheint.

Mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäft nahe verwandt ist die Uebereignung eines Gegenstandes mit der Abrede des Eigentumsvorbehalts.

Hat der Gemeinschuldner einen Gegenstand unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers gekauft und gerät der Gemeinschuldner dann in Konkurs, so kann natürlich der Verkäufer Herausgabe des unter Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenstandes bezw. Herausgabe des zur Masse geflossenen Wertes verlangen. Denn in diesem Falle ist der Gemeinschuldner noch gar nicht Eigentümer geworden; der Gegenstand „gehörte" ihm nicht.[1])

B. Unmittelbare Voraussetzungen.

§ 4.

Um die Anwendbarkeit des § 46 K. O. zu begründen, muß das im Falle des Vorliegens der beiden soeben behandelten Voraussetzungen gewährte Aussonderungsrecht durch eine Veräußerung des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung oder durch eine solche des Konkursverwalters nach der Konkurseröffnung vereitelt worden sein. Es wird dabei zwischen rechtmäßiger und unrechtmäßiger Veräußerung vom Gesetz kein Unterschied gemacht; der Anspruch ist also in beiden Fällen gegeben.[2])

Was ist unter Veräußerung im Sinne des § 46 K. O. zu verstehen?[3]) Bedeutet Veräußerung Verlust eines Rechts oder ein Rechtsgeschäft, welches nur den Verlust bezweckt, ohne Rücksicht auf den wirklich erreichten Erfolg? Falls Veräußerung Verlust eines Rechts bedeutet, dann ist der Umfang der Fälle,

[1]) s. Jur. Wochenschr. 1907 S. 315.

Leipziger Zeitschr. für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1 S. 513, vgl. auch die Rechtsprechung der O. L. G. auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 15, S. 235.

[2]) So die gesamte Literatur: a. M.: Stieglitz, S. 241, welcher meint, § 38 K. O. habe nur rechtswidrige Veräußerung im Auge.

[3]) Ueber den Begriff der Veräußerung s. Windscheid, Bd. I, S. 317, und Wächter, Bd. I, S. 325.

in denen § 46 K. O. gewährt wird, wesentlich verschieden von der gemeinhin vertretenen Anschauung der Literatur.

Nimmt man nach Windscheid [1]) an, daß Veräußerung immer Verlust eines Rechts, eine Rechtsänderung, bedeutet, dann liegt eine Veräußerung nur vor, wenn das Eigentum oder das betreffende Recht für den vorher Berechtigten verloren geht. Wird nun z. B. über einen Gegenstand, auf den ein Aussonderungsanspruch gerichtet ist, von dem Gemeinschuldner vor oder von dem Verwalter nach der Konkurseröffnung ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, das eine Uebertragung des Eigentums bezweckt, so liegt, wenn die übrigen im allgemeinen für die Eigentumsübertragung aufgestellten Erfordernisse erfüllt sind, (§§ 929 ff. B. G. B.) eine Veräußerung nur vor, falls der Erwerber gutgläubig ist; denn nur in diesem Falle ist auf Grund der Bestimmung des B. G. B. über den guten Glauben der Aussonderungsberechtigte seines Eigentums verlustig gegangen. Ist der Erwerber dagegen bösgläubig, so ist ein Verlust des Rechts des Aussonderungsberechtigten nicht eingetreten; sein Eigentum bleibt unberührt. Es läge demnach in der rechtsgeschäftlichen Uebertragung an einen bösgläubigen Erwerber keine Veräußerung.[2])

Die Ansprüche aus § 46 K. O. sind aber nur gegeben im Falle einer Veräußerung; in dem soeben erwähnten Falle hätte demnach der vordem Aussonderungsberechtigte nur gegen den gutgläubigen Erwerber Ansprüche, möglicherweise können ihm Schadensersatzansprüche gegen die Masse zustehen.[3])

---

[1]) s. Windscheid, Bd. I, S. 317, ebenso Planck, Bd. I, S. 188; Sieburg S. 44.

[2]) Weiterhin wäre es in unserem erwähnten Falle möglich, daß der bösgläubige Erwerber den Gegenstand an einen gutgläubigen Dritten zu Eigentum weiter überträgt. In diesem Falle würde zwar dem ursprünglich Aussonderungsberechtigten sein Recht verloren gehen, aber nicht auf Grund einer Veräußerung des Gemeinschuldners oder Verwalters, sondern auf Grund einer Veräußerung des bösgläubigen Erwerbers. Der Anspruch aus § 46 K. O. würde also auch hier nicht gegeben sein.

[3]) Diese Schadensersatzforderungen stehen ihm, wenn das betreffende Rechtsgeschäft vom Gemeinschuldner abgeschlossen wurde, als Konkursforderungen, dagegen, wenn es vom Verwalter abgeschlossen wurde, als Masseschulden nach § 59, 1 K. O. zu.

Faßt man jedoch unter dem Begriff „Veräußerung“ jedes Rechtsgeschäft auf, welches den Verlust eines Rechts nur bezweckt, ohne Rücksicht auf den wirklich erreichten Erfolg, dann würde § 46 K. O. sowohl im Falle des gutgläubigen als im Falle des bösgläubigen Erwerbers gegeben sein; denn ob der bezweckte Erfolg, z. B. die Eigentumsübertragung, eintritt, wäre nach dieser Begriffsbestimmung der Veräußerung gleichgültig.

Letztere Ansicht ist jedoch nicht die richtige. Man wird vielmehr Veräußerung im Sinne von Verlust eines Rechts auffassen müssen. Denn es ist zweifellos, daß der Begriff der Veräußerung des § 46 K. O. kein anderer sein kann, als der des Zivilrechts, insbesondere des B. G. B. Dieses ist zwar jünger wie die K. O., jedoch ist der Begriff „Veräußerung“ in ihm derselbe wie in der K. O.

Das B. G. B. gebraucht den Ausdruck Veräußerung mehrfach im Schuld-, Sachen- und Erbrecht (§§ 493, 932 ff., 2385). Es spricht in den betreffenden Paragraphen wiederholt vom Kauf oder anderen auf eine Veräußerung gerichteten Verträgen, bezeichnet also auch den Kauf als einen Vertrag, der auf eine Veräußerung gerichtet ist. Nun ist der Kauf gerichtet auf Uebertragung des Eigentums bezw. Rechts, also Verlust des Rechts auf der einen, Erwerb des Rechts auf der anderen Seite. Darnach heißt Veräußerung im Sinne des B. G. B. Verlust des Rechts, dem ein Erwerb des Rechts entspricht.

Für diese Ansicht spricht auch die im B. G. B. sich wiederholt vorfindende Zusammenstellung von „Veräußern oder Belasten“; auch daraus ist zu schließen, daß, wenn ein Vertrag vorliegt, der auf eine Veräußerung gerichtet ist, unter Veräußerung in gleicher Weise wie bei der Belastung die dingliche Wirkung des Vertrages verstanden wird.

Hat also der Gemeinschuldner vor oder der Verwalter nach der Eröffnung des Konkurses den Gegenstand einem unredlichen Erwerber durch Rechtsgeschäft übertragen, so liegt nach dem Gesagten keine Veräußerung vor.

Die Verfügung stellt sich dann dar als die Verfügung eines Nichtberechtigten, kann also durch die Genehmigung des Berechtigten wirksam werden (§ 185 B. G. B.). Der zur Ge-

nehmigung Berechtigte braucht aber nicht identisch zu sein mit demjenigen, welcher das Aussonderungsrecht geltend macht; denn aussonderungsberechtigt kann auch der bloß obligatorisch Berechtigte sein. Auch die seitens des obligatorisch Berechtigten genehmigte Verfügung wäre dem dinglich Berechtigten gegenüber immer noch die Verfügung eines Nichtberechtigten, die Verfügung also noch nicht wirksam, die Veräußerung noch nicht vollzogen.

Genehmigt der dinglich Berechtigte die Verfügung, so liegt eine Veräußerung vor und zwar eine solche, die sich zwar in ihren Wirkungen auf den dinglich Berechtigten bezieht, aber doch eine vom Gemeinschuldner oder Verwalter vorgenommene bleibt.

Daraus folgt also, daß bei einer rechtsgeschäftlichen Uebertragung an einen bösgläubigen Erwerber der Anspruch aus § 46 K. O. grundsätzlich nicht gegeben ist, vielmehr nur dann, wenn der dinglich Berechtigte die Verfügung des Gemeinschuldners bezw. Konkursverwalters genehmigt.

Für die Genehmigung ist nun keinerlei Form vorgeschrieben (§§ 182—185 B. G. B.); es könnte also eine Genehmigung schon in dem Fordern des durch das Rechtsgeschäft Erlangten liegen. Es braucht aber darin nicht immer eine Genehmigung liegen; vielmehr wird sich die Beurteilung der Frage, ob Genehmigung vorliegt oder nicht, immer nach den zu Grunde liegenden Verhältnissen richten müssen. Liegt darnach eine Genehmigung nicht vor, so muß auch dem dinglich Berechtigten der Anspruch aus § 46 K. O. versagt werden.[1])

Die Unrichtigkeit der gegenteiligen Ansicht, welche eine Genehmigung nicht erfordert, vielmehr jedem Berechtigten, auch dem obligatorisch Berechtigten einen Anspruch sowohl gegenüber der Masse als gegenüber dem Erwerber zubilligt, liegt auf der Hand.

Dafür folgendes Beispiel: Hat jemand eine mir gehörige Sache in Besitz und verkauft sie an einen bösgläubigen Erwerber, so habe ich einen Anspruch auf die jenem aus dem Verkaufe

---

[1]) ebenso Stieglitz, S. 242; v. Sarwey-B. S. 375; Wolff, S. 172; s. auch Hellwig im A. f. c. P., Bd. 68, S. 233; Seuffert, K. P. R. S. 99, Anm. 28.

gewordene Gegenleistung nur dann, wenn ich den Verkauf genehmige; andernfalls steht mir nur der Rückforderungsanspruch gegenüber dem Erwerber zu, gegen den Verkäufer nur ein eventueller Schadensersatzanspruch. Vor einer Genehmigung des Verkaufes steht mir auch kein Bereicherungsanspruch gegen den Verkäufer zu; denn ich habe ja nach wie vor das Eigentum. Der Verkäufer ist also gar nicht auf meine Kosten bereichert. Niemandem wird es nun einfallen, zu behaupten, daß ich das Recht habe, von dem Einen die Herausgabe der Sache und von dem Andern noch außerdem die Herausgabe des Preises zu verlangen. Ich wäre dann auf Kosten des Käufers bereichert, müßte also nun diesem das Erlangte herausgeben.

Die im B. G. B. geltenden Grundsätze müssen ohne weiteres auf den Fall des § 46 K. O. übertragen werden.

Auch hier würde ich mehr erhalten als mir tatsächlich zusteht. Es würde dem nicht entgegenstehen, daß von den Vertretern der gegenteiligen Meinung zur Rechtfertigung ihrer Ansicht behauptet wird, in dem Falle, daß ich die Herausgabe erlangt hätte, könnte ich nunmehr keine Ansprüche gegen die Masse stellen; denn in dem umgekehrten Falle, wenn ich nämlich das mir nach § 46 Zustehende aus der Masse erlangt hätte, würde ich ja immer noch meine Ansprüche gegen den Erwerber geltend machen können. Denn wie sie mit Recht hervorheben, braucht in der Geltendmachung des Anspruchs aus § 46 nicht notwendig eine Genehmigung des Veräußerungsgeschäfts enthalten zu sein.[1])

§ 5.

Die als Voraussetzung des Anspruchs aus § 46 K. O. erforderte Veräußerung muß eine entgeltliche sein. Bei einer unentgeltlichen Veräußerung können nämlich Ansprüche auf eine Gegenleistung nicht abgetreten und auch das für die Veräußerung Erlangte nicht herausgegeben werden, da eine unentgeltliche Ver-

[1]) Anderer Meinung sind Willenbücher, S. 99, Jaeger, S. 337, Meves, S. 57, Hellwig, S. 223 und Wengler, Seite 291, ebenso Sieburg, S. 44; denn diese Autoren verstehen sämtlich unter Veräußerung ein Rechtsgeschäft, welches auf den Verlust bezw. Erwerb des Rechts gerichtet ist ohne Rücksicht auf den Erfolg. Eine Begründung für ihre Auffassung fehlt.

äußerung, z. B. Schenkung, zur Voraussetzung hat, daß eine Gegenforderung überhaupt nicht begründet wird.

Liegt eine unentgeltliche Veräußerung vor, dann wird der Berechtigte dem Erwerber gegenüber lediglich durch den § 816 I, Satz 2 B. G. B. geschützt. Nach dem genannten Paragraphen kann der Berechtigte von demjenigen, welcher auf Grund der unentgeltlichen Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, das durch die unentgeltliche Verfügung Erlangte herausverlangen.[1])

§ 46 greift ferner nicht Platz bei verschuldetem oder zufälligem Untergang der Sache, sowie bei Eigentumserwerb durch den Gemeinschuldner selbst oder für diesen, namentlich infolge einer Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946—50 B. G. B.); in diesen Fällen sind nur Konkursforderungen oder Forderungen aus § 59, 1 und 3 K. O. gegeben.[2])

Das Entgelt kann bestehen in Geld, so beim Verkauf, aber auch in einem anderen Gegenstande, so beim Tausch.[3]) Ob auch die Einziehung einer fremden Forderung unter den Begriff einer entgeltlichen Veräußerung zu stellen ist, ist streitig. Jedenfalls liegt eine Veräußerung einer Forderung, die die Anwendbarkeit des § 46 K. O. begründet, dann vor, wenn eine fremde Forderung, an der ein Aussonderungsrecht bestand, gegen Entgelt abgetreten wird; sie kann vorliegen, wenn die Forderung eingezogen wird; in letzterem Falle aber nur, wenn mit der Einziehung die Forderung getilgt wird; denn nur dann liegt Verlust eines Rechts, — eine Veräußerung, — vor. Diese Tilgung der Schuld durch Einziehung ist auch eine entgeltliche Veräußerung; denn die Hingabe der zum Zwecke der Tilgung gezahlten Summe ist als Gegenleistung anzusehen.[4]) (s. Petersen-Kleinfeller S. 199).

---

[1]) So Jaeger, Anm. 13 zu § 46; Brückner S. 23.

[2]) So Jaeger, S. 337, Anm. 10; Stieglitz S. 241; v. Sarwey-B., S. 228 Ziff. 4; a. M.: Wolff, S. 8. [3]) s. Stieglitz, S. 241, Anm. 3.

[4]) Das hier Gesagte gilt aber nur für den Fall einer Einziehung der Forderung durch den Verwalter; denn im Falle einer Einziehung der Forderung durch den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ist nichts in die „Masse" gelangt, da die Masse damals noch nicht vorhanden war (s. Sarwey-B. S. 371 Anm. 4 zu § 38 K. O.).

Regelmäßig wird nun die fremde Forderung durch Einziehung seitens eines Nichtberechtigten nicht getilgt. Eine Ausnahme hiervon begründet jedoch § 407 B. G. B.: „Leistet der Schuldner in Unkenntnis von der erfolgten Cession an den bisherigen Gläubiger, so gilt zu Gunsten des Schuldners die Leistung; der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit befreit."

Wilmowski (S. 192 Nr. 2) will auch in dem Falle, daß durch die Einziehung die Forderung nicht getilgt wird, die Anwendbarkeit des § 46 aus dem Zwecke dieses § herleiten. Dem ist aber nicht beizupflichten. Ganz abgesehen davon, daß es schon unbillig erscheinen muß, jemanden einen Ersatz für etwas zu gewähren, das ihm voll und ganz erhalten bleibt, so ist § 46 auch darum nicht anwendbar, weil in diesem Falle eine Veräußerung überhaupt nicht vorliegt; denn ein Verlust des Forderungsrechts ist nicht eingetreten. Zweck des § 46 ist aber, den Berechtigten nur zu schützen, wenn wirklich eine Veräußerung, ein Verlust des Rechts, vorliegt.

Was über die Einziehung von fremden Forderungen gesagt ist, kann von der Verpfändung von fremden Forderungen oder Sachen nicht gelten; denn die Verpfändung stellt sich zwar als eine Belastung dar, die Belastung als eine Verfügung, aber nicht als eine Veräußerung im Sinne des B. G. B.;[1]) denn das B. G. B. stellt an den Stellen, wo es gleichzeitig von Veräußerung und Belastung spricht, die Belastung im Gegensatz zur Veräußerung.

§ 46 würde also in diesem Falle keine Anwendung finden.

§ 6.

Endlich ist noch notwendig, daß die Veräußerung stattgefunden hat:

Entweder vor der Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner oder nach der Konkurseröffnung durch den Konkursverwalter.

---

[1]) So Fischer-Henle Anm. 8 zu § 1204, vgl. Anm. 1 zu § 1017; s. auch § 493 B. G. B. Jaeger, S. 338; Planck, Bd. I, S. 183; vgl. Sarwey-B. S. 371; Stieglitz S. 241.

Im ersten Falle hat ein Aussonderungsrecht des Berechtigten überhaupt nicht bestanden; denn zur Zeit der Eröffnung des Konkurses war dieser Gegenstand nicht mehr in der Konkursmasse. Der Anspruch aus § 46 wird deshalb in diesem Falle auch nur dann gewährt, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung aus der Veräußerung entweder noch aussteht oder erst nach der Eröffnung zur Masse geflossen ist. Es wird also in diesem Falle, um nicht die Konkursgläubiger gegenüber dem Dritten ohne Grund besser zu stellen, das Vorhandensein eines Aussonderungsrechtes fingiert.[1])

Der Fall, daß der Gemeinschuldner nach der Eröffnung den Gegenstand veräußert, wird in § 46 nicht berücksichtigt und zwar deshalb nicht, weil eine solche Veräußerung die Masse nicht berührt. Brückner — S. 25 — will in diesem Falle auf Grund des § 7 K. O. dem Verwalter das Recht einräumen, die Rückgewähr der veräußerten Gegenstände zur Masse zu erzwingen. Er übersieht dabei, daß § 7 K. O. nur Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im Auge hat, die überhaupt geeignet sind, auf die Masse einzuwirken. Ueber sein nicht zur Masse gehöriges Vermögen, also auch über die Gegenstände, welche ihm überhaupt nicht gehören, behält er jedoch dem Verwalter und den Gläubigern gegenüber freies Verfügungsrecht. Der Verwalter hat ja auch keinerlei Interesse daran, die Rückgewähr zu erzwingen, da die Veräußerung durch den Gemeinschuldner nach der Eröffnung nicht geeignet ist, Rechte für oder gegen die Masse zu erzeugen. Der Erlös einer solchen Veräußerung fällt nicht in die Masse, sondern in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners. Der vordem Aussonderungsberechtigte kann sich daher auch — abgesehen von seinen etwaigen Rechten gegen den Erwerber — nur an das konkursfreie Vermögen des Ge-

[1]) War die Gegenleistung bereits vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner eingezogen worden, so kann der Aussonderungsberechtigte seine Forderung nur als Konkursforderung geltend machen, erhält also nur anteilweise Befriedigung. (s. Frhr. v. Aufseß, S. 54; Rintelen, S. 120; Fitting S. 272; Willenbücher, S. 100; v. Wilmowski, Nr. 5; Jaeger, S. 338; a. M. de lege ferenda: Hellwig l. c. S. 246. Jaeger, Anm. 11 zu § 46; v. Sarwey-B. S. 370; a. M.: Petersen-Kleinfeller, S. 197; Seuffert, K. P. R. S. 99, Anm. 27.)

meinschuldners halten.[1]) Zieht der Konkursverwalter jedoch den Erlös einer solchen Veräußerung zur Masse, so ist, da eine analoge Ausdehnung des § 46 nicht gerechtfertigt, die Masse jedoch ungerechtfertigt bereichert ist, dem Dritten ein Masseanspruch nach § 59, 1 und 3 K. O. gegeben.

Ebenso wie im ersten Falle muß auch im Falle der Veräußerung durch den Konkursverwalter nach der Konkurseröffnung der Anspruch aus der Veräußerung entweder noch ausstehen oder die Gegenleistung zur Masse geflossen sein. In dem einen Falle kann der Aussonderungsberechtigte Abtretung der Gegenleistung verlangen und zwar hat der Konkursverwalter die Gegenleistung so abzutreten, wie sie der Masse zusteht, — eine Gewährleistungspflicht liegt ihr nicht ob, — in dem andern Falle Herausgabe des zur Masse Geflossenen.[2])

Das Recht, die Abtretung zu verlangen, ist eine cessio necessaria, eine erzwingbare, keine cessio legis wie etwa im Falle des § 392,$_2$ H. G. B.[3])

Demnach hat der vordem Aussonderungsberechtigte das Recht aus der Veräußerung erst mit der Abtretung; dies bedarf eigentlich keines Beweises; denn die Worte „Abtretung verlangen" besagen bereits, daß es sich hier um eine cessio necessaria handelt, da im Falle einer cessio legalis der Berechtigte gar kein Recht auf Abtretung hat. Denn mit Eintritt der die cessio legalis herbeiführenden Tatsachen steht ihm die Forderung ipso iure zu; er kann sich demnach eine eigene Forderung nicht mehr abtreten lassen.

§ 7.

Es erübrigt noch, zu untersuchen, zu welchem Zeitpunkte das Aussonderungsrecht, dessen Bestehen doch die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 46 ist, noch bestanden haben muß.

---

[1]) So Fitting, S. 272, Anm. 31; Jaeger, S. 337, Anm. 11; v. Wilmowski, § 46, Anm. 6; v. Sarwey-B., S. 228, Ziff. 4; a. M.: v. Völderndorff, Bd. I, S. 488.

[2]) So Willenbücher, S. 100; v. Wilmowski, § 46, Anm. 8.

[3]) So v. Völderndorff I, S. 488; v. Sarwey-B., S. 300; Stieglitz, S. 244; v. Wilmowski, S. 233.

Genügt es, daß es zur Zeit der Konkurseröffnung oder zur Zeit der Veräußerung oder der gerichtlichen Geltendmachung bestanden hat, falls nicht die Veräußerung dazwischen getreten wäre? Die Entscheidung dieser Frage ist deshalb wichtig, weil zwischen der Zeit der Eröffnung des Konkurses und der gerichtlichen Geltendmachung das Aussonderungsrecht z. B. durch Ersitzung hätte untergegangen sein können, wenn der Gegenstand beim Gemeinschuldner verblieben wäre.

In der Literatur herrscht Streit, welcher Zeitpunkt maßgebend sein soll. Das O. L. G. Braunschweig[1]) hält den Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses, Fitting[2]) den Zeitpunkt der Veräußerung für maßgebend. Die Mehrzahl[3]) ist aber dafür, daß es auf die gerichtliche Geltendmachung des sog. Ersatzaussonderungsanspruchs ankomme.

Die erstgenannte Ansicht ist unrichtig, weil § 46 einen Ersatzanspruch für die Aussonderung gibt, also voraussetzt, daß ein Aussonderungsrecht zur Zeit des den Anspruch begründenden Ereignisses bestand. Dieses Ereignis, die Veräußerung, fällt aber zeitlich nicht zusammen mit der Konkurseröffnung.

Fitting begründet und stützt seine Ansicht auf die Fassung des § 46 K. O. („hätte beansprucht werden können", nicht „beansprucht werden könnte"); ferner darauf, daß es ganz unberechenbar sei, — namentlich auch in Rücksicht auf die Möglichkeit der Ersitzung, — ob der Gegenstand, wenn er nicht veräußert worden wäre, noch der Aussonderung unterworfen sein würde. Der Wortlaut des § 46 K. O. ist aber, — wie m. E. Sieburg, S. 43, mit Recht bemerkt, — einfach dahin zu verstehen, daß geprüft werden soll, ob der Gegenstand, wenn er nicht veräußert worden wäre, noch ausgesondert werden könnte. Es muß Brückner — S. 23 — darin beigepflichtet werden, wenn er von einer Breviloquenz des Gesetzes spricht, und die Worte des Gesetzes: „Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte verlangt werden können, u. s. w."

---

[1]) s. in Seufferts Archiv, Bd. 49, Nr. 226.

[2]) Fitting § 22, Anm. 28.

[3]) So Hellwig l. c. Bd. 68, S. 227 ff.; v. Wilmowski, § 46, Anm. 2; Petersen-Kleinfeller, § 38; v. Sarwey-B., § 46, Anm. 3.

dahin deutet, daß der Anspruch aus § 46 denen gewährt sei, die zur Zeit der Geltendmachung ihres Anspruchs aus § 46 K. O. aussonderungsberechtigt wären, falls nicht die Gegenstände, deren Aussonderung von ihnen hätte beansprucht werden können, vom Verwalter veräußert worden wären.

Auf den zweiten Stützpunkt der Ansicht Fittings ist zu erwidern, daß der Gegenstand, wenn er nicht veräußert worden wäre, oder das Aussonderungsrecht, z. B. durch Ersitzung, inzwischen untergegangen sein könnte. Solche Fälle würden aber doch nur Ausnahmefälle darstellen können. Für den Gesetzgeber lag aber kein Grund vor, nur aus Rücksicht auf eventuell mögliche Zufälle den Anspruch aus § 46 zu gewähren, sofern nur ein Aussonderungsrecht zur Zeit der Veräußerung bestand, ohne Rücksicht darauf, ob er ohne die Veräußerung auch noch zur Zeit der Geltendmachung bestehen würde. Es ist dies auch die einzige der Billigkeit entsprechende Lösung.

Man wird daher der Ansicht beipflichten müssen, welche den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung für entscheidend hält. Daraus folgt, daß der Aussonderungsberechtigte die Gegenleistung nicht mehr verlangen kann, wenn zu der Zeit, wo er die Ersatzaussonderung gerichtlich geltend macht, ein Aussonderungsrecht nicht mehr gegeben wäre.

Ist also das Aussonderungsrecht durch die nach der Konkurseröffnung, aber noch vor der gerichtlichen Geltendmachung eingetretene Vollendung einer Ersitzung untergegangen, so ergibt sich aus dem Gesagten, daß im Falle einer Veräußerung dieses Gegenstandes der Anspruch aus § 46 nicht gegeben sein kann.

Hierbei wäre noch zu untersuchen, ob das durch die Ersitzung Erworbene als Neuerwerb anzusehen wäre und infolgedessen in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners fallen würde, oder ob die Aussicht auf die zu vollendende Ersitzung bereits als ein Vermögensbestandteil, wenn auch ein bedingter, anzusehen wäre. Die Ansichten darüber sind geteilt. Man wird jedoch der letzteren Ansicht den Vorzug geben müssen.[1]) Denn

[1]) ebenso Rintelen, S. 118; Wolff S. 8; Fitting, § 13, Anm. 11; Jaeger, S. 336; v. Sarwey-B., S. 33; v. Wilmowski, § 46, Anm. 2.

die Aussicht auf die Vollendung der Ersitzung repräsentiert schon zur Zeit der Konkurseröffnung einen Vermögenswert, wenn auch bedingten, gehört also auch zur Konkursmasse.

II. Eigenart des sog. Ersatzaussonderungsanspruchs.

§ 8.

Der Anspruch aus § 46 ist auf Abtretung und für den Fall, daß eine Abtretung nicht mehr möglich ist, auf Herausgabe, also auf ein Surrogat der Abtretung, gerichtet. Damit ist die auf Grund des § 46 angestrengte Klage als Leistungsklage charakterisiert. Gleichzeitig ist damit zum Ausdruck gebracht, daß die Klage aus § 46 ein obligatorisches Recht, ein Forderungsrecht, verwirklicht. Demjenigen, der den Anspruch aus § 46 geltend macht, steht die ausstehende Forderung nicht ohne weiteres zu, andernfalls brauchte er ja nicht deren Abtretung verlangen. Hierüber herrscht in der Literatur kein Streit; im übrigen gehen jedoch die Auffassungen über die rechtliche Natur des § 46 weit auseinander.

Nach einigen ist die Klage aus § 46 K. O. eine rei vindicatio utilis.[1])

Die rei vindicatio utilis war gegeben:

1. Dem früheren Eigentümer einer durch Bemalung in das Eigentum des Malers übergegangenen Tafel, falls letzterer nicht ihren Wert ersetzt;[2])
2. demjenigen, der eine Sache unter der Auflage der Unterhaltsgewährung verschenkt, bei Nichterfüllung der Auflage;
3. der Ehefrau nach Auflösung der Ehe hinsichtlich der mit der Eheschließung in das Eigentum des Mannes übergegangenen Dotalsachen;
4. außerdem war sie noch in einigen Fällen gegeben auf das an die Stelle der dem Eigentümer entzogenen Sache Getretene nach dem Grundsatz: res succedit in locum

---

[1]) So Hellwig, Archiv f. c. P., Bd. 68, S. 230, 231, 250; Kohler, Lehrb. S. 175, 180, 181.

[2]) Windscheid, Bd. III, S. 503.

pretii et pretium in locum rei, so z. B. dem Ehegatten auf das für das geschenkte Geld Angeschaffte.[1])

In allen diesen Fällen finden wir, daß die utilis vindicatio immer dem Eigentümer bezw. früheren Eigentümer zustand. Zweifelhaft könnte der Fall zu 3 erscheinen; denn mit der Eheschließung gingen die Dotalsachen in das Eigentum des Mannes über. Doch ist hier zu beachten, daß dadurch das Eigentum der Frau an den Dotalsachen nicht völlig unterging, sondern während der Ehe gewissermaßen nur ruhte und ipso iure wieder auflebte, sobald die Ehe aufgelöst war. Ebenso steht es in den übrigen Fällen unter 4; in diesen fordert der Eigentümer zwar nicht seine Sache, da diese nicht mehr existiert, sondern nach dem Grundsatz: pretium succedit in locum rei das an dessen Stelle Getretene.

In allen diesen Fällen, in denen im römischen Recht die utilis vindicatio gegeben war, stand sie also dem zu, dem die rei vindicatio verloren gegangen war, sei es, daß die dem Eigentümer gehörige res untergegangen war z. B. durch Vermischung, sei es, daß an Stelle der res etwas anderes getreten war, — stets klagte jedoch der frühere Eigentümer. Dürfte nun den Anspruch aus § 46 K. O. ebenfalls nur der gewesene Eigentümer geltend machen, dann müßte der Annahme einer rei vindicatio utilis beigepflichtet werden.

Hellwig l. c. S. 233 ff. hat auch behauptet, daß auf Grund des § 46 K. O. im Gegensatz zu § 43 Aussonderung derjenige nicht verlangen könne, der nur auf Grund eines persönlichen Rechts aussonderungsberechtigt gewesen sei und hat auch nachzuweisen versucht, daß nur der frühere Eigentümer den Anspruch aus § 46 geltend machen könne. Er geht davon aus, daß Herausgabe der Gegenleistung oder Abtretung des Rechts auf dieselbe nur gegen ausdrückliche Genehmigung der Veräußerung beansprucht werden könne, damit dadurch die Gefahr eines Regresses gegen den Erwerber ausgeschlossen wäre. Die Genehmigung der Veräußerung könne aber wirksam nicht vom persönlich Berechtigten, sondern nur vom Eigentümer erteilt werden. Wäre dies nicht der Fall, dann bestünde die Möglichkeit einer bedenk-

[1]) Windscheid, Bd. I, S. 910, Anm. 9; Hellwig l. c. S. 240.

lichen Kollusion; es könnte nämlich dann, nachdem bereits der persönlich Berechtigte die Gegenleistung bezw. die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung geltend gemacht habe, trotzdem noch der Eigentümer die rei vindicatio gegen den Erwerber, falls dieser nicht durch seine bona fides geschützt sei, anstrengen. Wegen dieser Möglichkeit sei von dem persönlich Berechtigten, z. B. dem Deponenten, der nicht immer der Eigentümer zu sein brauche, der Beweis zu fordern, daß er der Eigentümer sei.

Hellwig gelangt daher zu folgendem Resultat: „Nur der Eigentümer erwirbt den Anspruch aus § 46 K. O. — entweder der gegenwärtige oder der gewesene — falls nämlich dieser letztere seines Eigentums durch die Veräußerung seitens des Gemeinschuldners oder des Verwalters verlustig gegangen ist."

Hellwig übersieht jedoch hierbei, daß der Anspruch aus § 46 K. O. nach dem Wortlaut dieses § dem Aussonderungsberechtigten schlechthin gewährt ist, also jedem Aussonderungsberechtigten, gleichviel ob er dinglich oder persönlich berechtigt ist.

Demgegenüber kann die Möglichkeit einer Kollusion dahingehend, daß nach dem persönlich Berechtigten nun noch der dinglich Berechtigte mit Ansprüchen aus § 46 an die Masse herantreten könne, gar nicht in Betracht kommen.

Wie der Aussonderungsanspruch des § 43 K. O. nur solange gegeben ist, als ein nicht zur Masse gehöriger Gegenstand sich in derselben befindet, also nicht mehr, wenn der Gegenstand einem der Aussonderungsberechtigten, dem dinglichen oder persönlichen, herausgegeben worden ist, ebenso kann auch der Anspruch aus § 46, der ja nur einen Ersatz für den des § 43 darstellt, nur solange gegeben sein, als die Abtretung oder Herausgabe des Erlangten an einen der Berechtigten noch nicht erfolgt ist. Wie im Falle der Herausgabe des Gegenstandes an den persönlich Berechtigten der dinglich Berechtigte sich nur an diesen halten kann, ebenso kann er auch im Falle der Abtretung oder Herausgabe des Surrogats an den persönlich Berechtigten sich nur an diesen halten.

Allerdings kann der Anspruch aus § 46 im Falle der rechtsgeschäftlichen entgeltlichen Uebertragung des Aussonderungsgegenstandes an einen bösgläubigen Erwerber nur geltend ge-

macht werden, wenn der dinglich Berechtigte die Verfügung genehmigt; denn erst dann ist eine Veräußerung — ein Rechtsverlust — erfolgt. Es kann aber auch in diesem Falle der Anspruch aus § 46 von dem persönlich Berechtigten geltend gemacht werden, vorausgesetzt aber, daß er die Genehmigung des dinglich Berechtigten beibringt. — Nach dem Gesetz sind in diesem Falle persönlich und dinglich Berechtigter gleichgestellt (cf. § 43 K. O.).

Darin muß aber Hellwig unrecht gegeben werden, wenn er in jedem Falle der Geltendmachung des Anspruchs aus § 46 eine Genehmigung verlangt. Ein solches Erfordernis stellt § 46 nicht auf, zumal es in dem Falle der Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber einer Genehmigung, die die Veräußerung erst wirksam machen würde, gar nicht mehr bedarf. Es würde, wie Oetker [1]) mit Recht betont, mit dem Erfordern des Eigentumsbeweises das Surrogatrecht seinen praktischen Wert verlieren, es würde, wie Petersen-Kleinfeller — S. 197 — mit anderen Worten sagt, der Zweck dieser Vorschrift dann nicht erreicht werden, wenn der Erwerber der Sache infolge der Veräußerung das Eigentum erlangt hat und der Aussonderungsberechtigte von diesem die Sache nicht verlangen kann. Es ist also in keiner Weise gerechtfertigt, die Anwendung des § 46 auf die Fälle zu beschränken, in denen der Aussonderungsberechtigte Eigentümer des auszusondernden Gegenstandes war.[2])

Der Anspruch aus § 46 kann daher keine rei vindicatio utilis sein.

§ 9.

Eine andere Ansicht faßt die Ansprüche aus § 46 als Masseforderungen auf.[3])

---

[1]) Zeitschrift f. c. P., Bd. 25, S. 76.

[2]) So Petersen-K., S. 200; v. Sarwey-B., S. 228, Note 2; Stieglitz, S. 241, Note I,1, S. 244 Nr. 5; v. Völderndorff, S. 487; Willenbücher, S. 79 Nr. 1a; v. Wilmowski, S. 215, Ziff. 2.

[3]) So Seuffert, K. P. R. S. 100; Mandry, S. 289; Meyer, S. 101; Wengler, S. 290; Sydow-Busch, Anm. 2 zu § 46; Staub, Anm. 5 zu § 392 H. G. B.; Hullmann, S. 170; Frhr. v. Auffeß, S. 54; Breitling, S. 45; Mat. zur K. O. S. 182; Petersen-K., S. 197; Stieglitz, S. 242; v. Völderndorff, S. 490; Willenbücher, S. 100.

Masseforderungen sind:

1. Die Massekosten des § 58 K. O.;
2. die Masseschulden des § 59 K. O.; letztere sind:
   a. Die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen;
   b. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß;
   c. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

Daß der Anspruch des § 46 zu den Massekosten gehören, oder daß er als Anspruch nach § $59,_2$ aufgefaßt werden könnte, ist nach Lage der Sache ausgeschlossen. Der Anspruch des § 46 kann daher, falls man nicht etwa die Aufzählung der Masseschulden in § 59 für unvollständig hält, ein Masseanspruch nur sein, wenn er unter § $59,_1$ oder $_3$ fällt.

§ $59,_1$ spricht nur von Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters, nicht aber von Geschäften oder Handlungen des Gemeinschuldners, während doch der Anspruch des § 46 auch in diesem Falle gegeben ist.

§ $59,_3$ trifft ebenfalls nur für den Fall einer Veräußerung durch den Konkursverwalter zu. Denn bei einer Veräußerung durch den Gemeinschuldner vor der Eröffnung ist wohl dieser bereichert gewesen und ist es auch jetzt noch, dagegen ist nicht bereichert die M a s s e als solche. Denn die Masse hat vor der Eröffnung noch gar nicht bestanden — vgl. S. 17 Anm. 4. — Selbst wenn auch eine auf Grund der Veräußerung durch den Gemeinschuldner der Masse zustehende Forderung nach der Konkurseröffnung realisiert wird, liegt keine Bereicherung der M a s s e vor; denn die Masse umfaßt das Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung, ohne Rücksicht darauf, daß der Gemeinschuldner in seinem Vermögen bereichert war. Die M a s s e hat demnach nach der Realisierung nicht mehr als sie vorher hatte; vorher stand ihr die Forderung zu, jetzt ist der Wert der Forderung in die Masse geflossen, dafür ist aber die Forderung erloschen, die Masse daher nicht b e r e i c h e r t. Eine Bereicherung der M a s s e kann aber notwendiger Weise nur dann vorliegen, wenn die Bereicherung n a ch der Konkurseröffnung,

d. h. die Veräußerung nach derselben erfolgt; denn von da ab gibt es erst eine Masse.[1])

§ 59,₁ sowohl wie § 59,₃ treffen also nur für den Fall zu, daß der Konkursverwalter veräußert hat, nicht aber für den Fall, daß der Gemeinschuldner veräußert hat, decken also nur einen Teil der Ansprüche aus § 46 K. O. Der Anspruch aus § 46 kann also eine Masseschuld nach § 59 K. O. nicht sein.

Dagegen den Anspruch des § 46 als eine in § 59 K. O. nicht normierte Masseschuld aufzufassen, sprechen folgende Erwägungen:

Wenn der Anspruch aus § 46 K. O. als Masseschuld aufgefaßt werden sollte, dann würden die Gläubiger, sobald die Konkursmasse nicht ausreicht, nur eine verhältnismäßige Befriedigung erhalten, — § 60 K. O. Während also nach § 60 die Massegläubiger meistens nicht ihre ganze Forderung, sondern nur anteilweise Befriedigung bekommen würden, gewährt § 46 dem Aussonderungsberechtigten schlechthin und zwar in jedem Falle das Recht, die Abtretung des Rechts auf die volle Gegenleistung bezw., falls diese schon eingezogen ist, alles zu verlangen, was zur Masse geflossen ist.[2])

Ist nun infolge der Wirtschaft des Konkursverwalters die eingezogene Gegenleistung nicht mehr in der Masse vorhanden, so darf der Berechtigte Befriedigung seines Anspruchs vor allen Konkursgläubigern als Massegläubiger fordern, § 59,₁ K. O. Dadurch werden natürlich weitergehende Ansprüche des Berechtigten gegen den Konkursverwalter nicht ausgeschlossen (cf. Motive S. 245).

Ferner wäre, wenn die Ansicht, der Anspruch aus § 46 sei eine Masseschuld, richtig sein sollte, § 46 ganz überflüssig, da er doch nur das besagen würde, was bereits anderweitig durch

[1]) So Jaeger, S. 406, Anm. 10; Sydow-B., Anm. 5 zu § 59; v. Sarwey-B., Note 6 zu § 59; Stieglitz, Note 4 zu § 52; v. Wilmowski, Note 6 zu § 59; Petersen-K., Note 4 zu § 52; Willenbücher, Note 3 zu § 52; Hullmann, Note 5 zu § 52; Wengler, S. 367; Breitling, S. 107, Note 3; Frhr. v. Auffeß, S. 18c; Rintelen, S. 215, Anm. 1a; Brückner, S. 37; Hellmann, S. 722.

[2]) Endemann, S. 348, irrt demnach, wenn er meint, daß es im Erfolg ziemlich einerlei sei, ob man den Anspruch als Masseforderung oder als Aussonderungsanspruch behandelt.

§ 59 geregelt wäre. Es würde das eine nicht zu rechtfertigende Wiederholung eines bereits festgelegten Anspruchs bedeuten.[1])

Der Anspruch aus § 46 fällt auch deswegen nicht unter den § 59,$_3$, weil der Bereicherungsanspruch notwendig auf das gerichtet ist, worum jemand noch gegenwärtig bereichert ist, der Anspruch aus § 46 aber ohne Rücksicht hierauf auf die ganze noch ausstehende Gegenleistung bezw. falls sie bereits eingezogen, auf alles gerichtet ist, was zur Masse geflossen ist.[2])

§ 46 kann also auch auf Grund dieser Erwägungen kein Masseanspruch sein, sondern muß vielmehr, weil besonders geregelt, auch einen besonderen Anspruch darstellen.

Man kommt demnach zu folgendem Resultat: Bei einer Veräußerung durch den Konkursverwalter, also einer solchen, die nach der Eröffnung erfolgt ist, ist allerdings der Anspruch aus § 59,$_3$ gegeben, aber nicht auf Grund der Bestimmung des § 46, sondern ganz abgesehen von dieser. Dem früheren Aussonderungsberechtigten stehen in diesem Falle beide Ansprüche, der des § 46 und § 59,$_3$ zur Verfügung.[3]) Selbstverständlich wird er aber nicht den aus § 59,$_3$ geltend machen, sondern in der Regel den ihm günstigeren aus § 46 K. O.

Oetker[4]) will den Anspruch des § 46 dann, wenn der Gemeinschuldner veräußert hat, als condictio sine causa, wenn der Verwalter, als actio negotiorum gestorum auffassen.

Hinsichtlich der ersten Auffassung — condictio sine causa — ist er m. E. durch das oben Gesagte bereits widerlegt. Aber auch darin ist ihm nicht beizupflichten, wenn er den Anspruch aus § 46, falls der Verwalter veräußert, als actio negotiorum gestorum auffaßt; denn Geschäftsführung ohne Auftrag setzt voraus, daß der Geschäftsführer unbeauftragt das Geschäft für einen anderen, den Geschäftsherrn, besorgt (§ 677 B. G. B.) und zwar ist das Rechtsgeschäft anzusehen als ein Rechtsgeschäft desjenigen, dessen Interesse das „beherrschende" ist.[5])

---

[1]) Jaeger, S. 335; Sieburg, S. 40.

[2]) vgl. Brückner, S. 38.

[3]) vgl. Jaeger, Anm. zu § 59.

[4]) Oetker, Bd. 25, Zeitschr. f. d. Z. P. S. 79 ff.

[5]) So Isay, 1. Heft S. 67.

Beherrscht wird aber das vorliegende Rechtsgeschäft von dem Interesse des Gemeinschuldners resp. seiner Gläubiger; der Verwalter hat gar nicht den Willen, ein Geschäft für den Aussonderungsberechtigten zu besorgen. Aus diesem Grunde trifft auch § 687 B. G. B. nicht zu.

Zudem ist es m. E. verfehlt, die Ansprüche aus § 46 K. O. verschieden zu charakterisieren, je nachdem der Gemeinschuldner oder der Verwalter veräußert hat; denn nach dem Wortlaut des § 46 K. O. zu urteilen, sind sämtliche durch § 46 gewährten Ansprüche dieselben; es sind ja auch die Folgen, gleichviel ob der Gemeinschuldner oder der Verwalter veräußert hat, dieselben. Es kann also in der rechtlichen Beurteilung des Anspruchs aus § 46 keinen Unterschied machen, ob der Gemeinschuldner oder der Verwalter veräußert hat.[1])

§ 10.

Schließlich faßt eine dritte Ansicht den Anspruch aus § 46 als Aussonderungsanspruch auf.[2])

Richtig ist allerdings, daß die Ansprüche des § 46 einen Ersatz für vereitelte Aussonderungsansprüche bilden sollen; ob aber diese Ansprüche auch ihrer juristischen Natur nach Aussonderungsansprüche sind, ist damit noch nicht gesagt. Zur Beantwortung und näheren Untersuchung dieser Frage soll zunächst die Entstehungsgeschichte des § 46 K. O. herangezogen werden.

In der preuß. K. O., an die sich die R. K. O. in vielen Punkten anlehnt, bestimmten:

§ 23: Sind fremde Sachen vor der Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner verkauft worden, so kann an deren Stelle die Uebereignung des Kaufpreises gefordert werden, soweit derselbe noch aussteht.

§ 28: Sind die in dem § 22 . . . erwähnten Sachen in dem Konkurse verkauft worden, so kann an deren Stelle die

[1]) ebenso Hellwig, Bd. 68, S. 247. Brückner, S. 38.

[2]) So Jaeger, S. 335; v. Wilmowski, Anm. 3 zu § 46; Endemann, S. 348; Fitting, Anm. 29, S. 271; Wolff, S. 172; Sieburg, S. 41.

Uebereignung des Kaufpreises gefordert werden, soweit derselbe noch aussteht.

§ 30: Das Rückforderungsrecht wird in allen Fällen unabhängig von dem Konkursverfahren gegen den Verwalter der Masse geltend gemacht.

§ 44: Sind nach der Konkurseröffnung die in dem § 22 . . . erwähnten Sachen verkauft . . ., so muß dem Rückforderungsberechtigten der Erlös insoweit vollständig herausgegeben werden, als derselbe zur Konkursmasse eingezogen worden ist. Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn fremde Sachen bereits vor der Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner verkauft worden sind und der Kaufpreis zur Konkursmasse eingezogen ist.

Die preuß. K. O. trennte demnach die verschiedenen Fälle, namentlich den Fall, daß die Gegenleistung noch ausstand und den, daß sie schon zur Konkursmasse eingezogen war; im ersteren Falle war ein Aussonderungsanspruch gegeben, im letzteren eine Masseforderung. Diese Trennung ist jedoch, wie sich aus den Motiven (S. 187) ergibt, von der R. K. O. verworfen worden und sie hat dies im Gesetz auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß beide Fälle in einem Paragraphen zusammengefaßt und unter denselben Titel gestellt sind mit der Begründung, daß alle Fälle dieselbe Natur hätten (Motive S. 187). Die Motive (S. 186) besagen nun bezüglich der juristischen Natur dieser Ansprüche, daß es offenbar unbillig sei, wenn der Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehöre und die er unrechtmäßig veräußert habe, zur Konkursmasse und zur Verteilung unter alle Konkursgläubiger einziehen würde. Es entspreche vielmehr der Billigkeit, wenn auch hier die Forderung auf den Erlös als dem Vindikationsberechtigten zustehend angesehen werde. Schließlich beziehen sich die Motive auf Art. 368 (jetzt § 392) H. G. B., der die Anschauung des Entwurfs zum Prinzip erhoben habe. Aus alledem geht hervor, daß die Motive einen Aussonderungsanspruch konstruieren wollten (cf. auch Motive S. 155 ff.).

Andererseits bezeichnen aber die Motive (S. 246) die Ansprüche aus § 44 preuß. K. O. (jetzt § 46 K. O.) als Masse-

ansprüche; demnach müßten, nach den Motiven zu urteilen, auch die Ansprüche aus § 23 preuß. K. O. als Masseansprüche angesehen werden; denn, wie sie S. 187 sagen, haben die Ansprüche aus den §§ 23 und 44 preuß. K. O. dieselbe Natur. Es geht demnach aus den Motiven nicht klar hervor, welcher Art die Ansprüche aus § 38 (jetzt § 46) K. O. sind.

Im folgenden soll daher zunächst die rechtliche Natur des Aussonderungsanspruchs untersucht werden, um dann von der rechtlichen Natur dieses Anspruchs einen Schluß auf die rechtliche Natur des § 46 zu ziehen, der ja doch ein Ersatz für vereitelte Aussonderungsansprüche darstellt. Sollte sich ergeben, daß „Aussonderung" und „Ersatzaussonderung" ihrer Natur nach gleich sind, dann wäre die Ansicht, welche den Anspruch aus § 46 als Aussonderungsanspruch auffaßt, richtig.

In der Literatur wird die rechtliche Natur des Aussonderungsanspruchs teils als Feststellungs- teils als Leistungsklage aufgefaßt. Beide Ansichten nehmen ihren Ausgangspunkt von einer Vergleichung dieses Anspruchs mit dem des § 771 C. P. O.[1]) Die einen[2]) behaupten nämlich, Aussonderung sei begrifflich dasselbe wie Freigabe, Freigabe bedeute aber nichts als Feststellung. Die anderen[3]) betonen aber demgegenüber m. E. mit Recht, daß einmal auch der Anspruch des § 771 C. P. O. auf eine Leistung gehen könne, zum Mindesten bei der auf Eigentum gestützten Widerspruchsklage, zum Andern aber der Aussonderungsanspruch wesentliche Unterscheidungsmerkmale gegenüber der Widerspruchsklage aufweise. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich zum Beweise ihrer Behauptung auf die in den §§ 44 ff. gebrauchten Ausdrücke, wie „zurückfordern", „in Anspruch nehmen", „herausgeben" und „abtreten". Hierbei darf allerdings nicht übersehen werden, daß die beiden letzten Ausdrücke nur in dem § 46 vorkommen, § 46 aber einen ganz speziellen Anspruch behandelt, den Anspruch, der im Falle der

[1]) s. Voß, S. 284.

[2]) So Oetker, Verfolgungsrecht S. 87 ff., S. 113, 120, 128; derselbe in der Zeitschr. f. d. C. P. Bd. 25, S. 74 ff., Seuffert, K. P. R. S. 90, ebenso in seiner Geschichte und D. des K. R., 1. Abt., S. 155.

[3]) So Fitting, S. 263, Anm. 8; Sieburg, S. 5; Jaeger, § 43, Anm. 34; v. Wilmowski, § 43, Anm. 6; vergl. Voß, S. 284 ff.

Verletzung eines Aussonderungsrechts gegeben wird, bei dem es zum Mindesten zweifelhaft erscheinen muß, ob er selbst sich als Aussonderungsanspruch darstellt. Mithin dürften diese beiden letzten Ausdrücke kaum für die Begriffsbestimmung der Aussonderung zu verwerten sein.

Immerhin rechtfertigen die in den §§ 44, 45 K. O. gebrauchten Ausdrücke den Versuch, den Begriff der Aussonderung zunächst aus den Bestimmungen über die Aussonderung zu erklären.

M. E. ist es nicht notwendig, erst den Begriff der Freigabe zu erörtern, um dann durch Gegenüberstellung der Begriffe „Freigabe" und „Aussonderung" die rechtliche Natur des letzteren zu ergründen, sondern, um festzustellen, ob Aussonderung eine Leistung oder nur Feststellung verlangt, ist m. E. erforderlich, zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich, daß der Gemeinschuldner dem Aussonderungsberechtigten gegenüber ein Recht zum Besitz hat, wenn auch nur auf Zeit, oder aber, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist.

Oben ist bereits ausgeführt, daß im ersten Falle auch der Konkursverwalter zum Besitze berechtigt ist, daß er aber die Sache selbst — das corpus — nicht zur Masse ziehen, sie z. B. zwecks Befriedigung der Gläubiger nicht veräußern darf. Daß der Konkursverwalter auch den Besitz aufgebe, kann der Berechtigte nicht verlangen; denn der Gemeinschuldner und mithin auch der Verwalter ist ja ihm gegenüber zum Besitze berechtigt.[1])

Anders, wenn der Gemeinschuldner nicht oder nicht mehr zum Besitze berechtigt ist; dann ist es auch nicht der Konkursverwalter. Der Anspruch geht dann auch auf Aufgabe des Besitzes, auf Herausgabe, aber nicht auf Herausgabe an den Gemeinschuldner, sondern direkt an den Berechtigten; denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Berechtigte aus dem Grunde, weil der Gemeinschuldner in Konkurs geraten, nun gezwungen sein soll, durch zwei Klagen die Wirkung zu erreichen, die er sonst — ohne die Konkurseröffnung — durch eine Klage erreicht hätte.[2]) Der Gemeinschuldner wird dadurch auch nicht schlechter gestellt; denn dem Verwalter stehen ja dieselben Ver-

---

[1]) vgl. Jur. Wochenschr. 1906, S. 436, Nr. 25.

[2]) vgl. Sieburg S. 6.

teidigungsmittel zu Gebote, die dem Gemeinschuldner zur Verfügung gestanden hätten. Außerdem würde, wenn der Verwalter zur Herausgabe verurteilt würde, dadurch zugleich festgestellt, daß auch dem Gemeinschuldner ein Besitz an der Sache nicht zusteht. Ist das aber der Fall, dann bedeutet das Verlangen eines zweiten Prozesses gegen den Gemeinschuldner eine unnötige Erschwerung der Rechtsverfolgung für den Berechtigten.

Es erhellt ohne weiteres, daß — wenigstens im letzteren Falle — dem Berechtigten ein Herausgabe=, also ein Leistungsanspruch, gegeben ist. Die Vertreter der Ansicht, Aussonderung sei lediglich Feststellung, (Brückner, S. 13: „Prüfungsverfahren") müssen demnach annehmen, daß die in diesem Falle gegebene Klage auf Herausgabe eine Klage aus dem dem Berechtigten zustehenden Recht ist (rei vindicatio, actio Publiciana usw.), daß also die gegen den Konkursverwalter gerichtete Klage auf Herausgabe die Aussonderungsklage in sich schließe, aber ein Mehr gegenüber dieser bedeute.

Nach ihrer Ansicht ist Aussonderung in jedem Falle dasselbe wie Ausscheidung, Ausscheidung aber sei gleichbedeutend mit Feststellung. Mit der Feststellung, daß der Gegenstand nicht zur Masse gehöre, sei der Gegenstand auch schon ausgeschieden. Wenn darüber hinaus von dem Verwalter mehr verlangt werde, so geschehe das nicht auf Grund des Aussonderungsanspruchs.

Der eben erwähnten Ansicht muß jedoch entgegen gehalten werden, daß es sehr zweifelhaft ist, ob Ausscheidung lediglich eine Feststellung bedeutet, jedenfalls dann nicht, wenn vertretbare Sachen ausgeschieden werden sollen; denn in diesem Falle ist erst mit der erkennbaren Sonderung ausgeschieden.[1]) Es liegt demnach nahe, auch bei der Ausscheidung aus einem Sachinbegriff erkennbare Sonderung zu verlangen.

Außerdem führt die Auffassung der Aussonderung als einer Feststellung zu unhaltbaren Ergebnissen. Dafür ein Beispiel: Zieht der Verwalter dem Gemeinschuldner nicht gehörige Gegenstände zur Masse und klagt daraufhin der Berechtigte auf Aussonderung, so ist mit dem auf die Klage ergehenden Urteil das

---

[1]) s. Cosack, Bd. I S. 313.

Aussonderungsrecht verbraucht, es ist festgestellt, daß der Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner gehört — es ist ausgesondert. Veräußert nun der Verwalter trotz des Urteils den Gegenstand für die Masse, so ist gegen den Verwalter zwar ein Anspruch aus unerlaubter Handlung (§ 823 B. G. B.) begründet, aber der Anspruch aus § 46 gegen die Masse würde ihm versagt werden müssen; denn dieser Anspruch setzt voraus, daß zur Zeit der Veräußerung noch ein Aussonderungsanspruch gegeben war. Dieser aber war in unserem Falle nicht mehr gegeben, da ja bereits mit dem Feststellungsurteil ausgesondert war. Wollte man also von dem erwähnten Standpunkt aus dem Berechtigten trotzdem den Anspruch auf § 46 in diesem Falle gewähren, so würde man ihm ein Surrogat geben für etwas, was er bereits hat.

Man würde also nach dieser Ansicht zu dem Ergebnis gelangen, daß, sofern der Aussonderungsberechtigte bereits ein sein Recht feststellendes Urteil hat, nunmehr sein Anspruch gegen die Masse schlechter gestellt wäre als vorher.

Das enthält vielleicht keine Unbilligkeit in dem Falle, daß er gleichzeitig auch die Herausgabe verlangen kann; denn dann ist es seine Schuld, wenn er von diesem Rechte keinen Gebrauch macht; er würde in diesem Falle nur die Konsequenzen seiner Unterlassung zu tragen haben. Eine Unbilligkeit läge aber zweifellos in dem Falle vor, daß er auf Grund eines zwischen ihm und dem Gemeinschuldner bestehenden Rechtsverhältnisses den Besitz dem Konkursverwalter belassen muß (s. oben). Das kann aber keinesfalls der Wille des Gesetzgebers sein; dieser geht vielmehr dahin, den Berechtigten in dem weitestgehenden Maße zu schützen und findet nur seine Grenze in dem Rechte der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners. Für dieses Recht der Gläubiger ist es aber gleichgültig, ob es bereits festgestellt ist, daß der Gegenstand dem Gemeinschuldner nicht gehört; sie sind in dem Falle, daß der Gegenstand, betreffs dessen die Feststellung erfolgt ist, veräußert und zur Masse gezogen wird, dem Berechtigten gegenüber nicht schlechter gestellt, wie in dem Falle, daß die Feststellung nicht erfolgt ist. Es liegt also ein innerer Grund dafür, in dem behandelten Falle den § 46 auszuschließen, nicht vor, vielmehr

muß der Wille des Gesetzgebers der sein, auch im Falle des Vorliegens eines Feststellungsurteils den Anspruch aus § 46 zu gewähren. Ist das aber der Fall, dann ist Feststellung nicht gleichbedeutend mit Aussonderung — die Aussonderung ist keine Feststellungsklage, sie ist vielmehr eine Leistungsklage.[1])

Sie als solche aufzufassen, bietet keine Schwierigkeiten in dem Falle, daß der Berechtigte die Herausgabe alsbald verlangen kann. Aber auch wenn er sie vorläufig noch nicht verlangen kann, ist ihm doch ein Leistungs-, wenn auch nicht ein Herausgabeanspruch, gegeben, nämlich der Anspruch, den Gegenstand nicht zur Masse einzubeziehen, ihn nicht für die Masse zu veräußern.

Dieser Leistungs- oder richtiger Unterlassungsanspruch ist aber keineswegs identisch mit der Feststellung, daß der Verwalter nicht zur Einbeziehung des Gegenstandes zur Masse bezw. Verwertung für die Masse berechtigt sei. Das ergibt sich ohne weiteres aus einer Vergleichung der beiden auf diese Ansprüche hin erfolgten Urteilswirkungen Während mit der durch Urteil getroffenen Feststellung das Aussonderungsrecht verbraucht wäre und der Anspruch aus § 46 in keinem Falle mehr gegeben werden könnte, ist bei dem auf den Unterlassungsanspruch gegründeten Urteile die Aussonderung noch nicht verbraucht. Das Recht auf Aussonderung wird verletzt im Falle jeder Zuwiderhandlung gegen dieses Urteil. Es hat demnach der Aussonderungsberechtigte für den Fall einer nach der Verurteilung erfolgenden Veräußerung immer noch das Recht aus § 46 K. O.

Der Anspruch auf Aussonderung ist also — wie bereits oben erwähnt – als ein Leistungsanspruch aufzufassen; ein solcher ist nach dem oben Gesagten der Anspruch aus § 46 ebenfalls. Trotzdem ist er nicht mit dem Aussonderungsanspruch identisch; denn die Aussonderung hat zur Voraussetzung, daß der betreffende Gegenstand dem Gemeinschuldner nicht gehört; der Anspruch auf die noch ausstehende Gegenleistung gehört aber zur Masse und es bedarf erst einer Rechtshandlung, um ihn der Masse zu entfremden. Die Aussonderung verlangt also, daß

[1]) vgl. Gruch, Beitr. Bd. 46, S. 677, und die daselbst zit. Entsch. des R. G.

Nichtmasseobjekte aus der Masse ausgeschieden werden, während die sog. Ersatzaussonderung — wenigstens in dem Falle, daß die Gegenleistung noch aussteht — bewirkt, daß Masseobjekte aus der Masse ausgeschieden werden. Dasselbe gilt m. E. auch für den Fall, daß die Gegenleistung bereits zur Masse geflossen ist, sei es nun, daß sie noch unterscheidbar oder ununterscheidbar in der Masse sich befindet.

In der Literatur findet sich allerdings die Auffassung vertreten, daß der Anspruch des § 46 dann nicht mehr gegeben sei, wenn das für die Veräußerung in die Masse Geflossene nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden ist.[1]) Diese Auffassung müßte zu einer großen Beschränkung in der Anwendbarkeit des § 46 führen. § 46 würde dann gerade bei dem häufigsten Falle von entgeltlichen Veräußerungen, nämlich bei Veräußerungen im Wege des Verkaufs nie gegeben sein, sowie der Kaufpreis in die Masse gezahlt ist. Es widerstrebt mithin bei dem Zwecke des § 46, diese Meinung als richtig anzuerkennen.[2]) Sie würde richtig sein, wenn der Anspruch des § 46 einen Ersatz nur für einen dinglichen Aussonderungsanspruch geben würde und man dem Anspruch aus § 46 einen gewissen dinglichen Charakter beilegen wollte. Das trifft aber nicht zu; er ist vielmehr — wie bereits oben dargelegt — obligatorischen Charakters. Zwar geht er auf Herausgabe des bestimmten Gegenstandes, der in die Masse geflossen ist, und man muß zugeben, daß diese Herausgabe nicht mehr möglich ist, sowie die Unterscheidbarkeit aufgehoben ist. Aber andererseits muß man auch erwägen, daß bei vertretbaren Sachen — und nur um solche kann es sich in vorliegender Frage handeln — es dem Schuldner ganz gleich sein kann, ob er dieselben oder gleichartige und gleichwertige erhält. Wollte man sich der gegenteiligen Ansicht anschließen, so hieße das über theoretischen Erwägungen den Zweck des Gesetzes vernachlässigen, zumal da die Klage aus § 46 zwar auf Herausgabe des in die Masse Geflossenen gerichtet ist, aber keine Eigentumsklage ist.

---

[1]) So Fitting, § 22 Anm. 30.
A. M.: Romeick, S. 60; Oetker, Zeitschr. f. Z. P., Bd. 25, S. 72.
[2]) ebenso Romeick, S. 60.

In beiden Fällen, sowohl in dem Falle der Unterscheidbarkeit wie in dem der Ununterscheidbarkeit, ist der Gemeinschuldner, — soweit es sich um die Zeit vor der Konkurseröffnung handelt, — Eigentümer des Geleisteten geworden; denn war er Gläubiger der Forderung, gehörte die Forderung zu seinem Vermögen, so muß notwendiger Weise auch das zur Tilgung der Forderung Geleistete in sein Vermögen geflossen sein. Das Geleistete gehört also zur Masse; die Aussonderung geht aber begrifflich auf Gegenstände, die dem Gemeinschuldner nicht gehören, also auf Nichtmasseobjekte.[1])

§ 11.

Der Anspruch aus § 46 ist also m. E. kein Aussonderungsanspruch, hat aber auch nicht Aussonderungskraft; denn mit Aussonderung wird zwar Herausgabe verlangt, der Aussonderungsanspruch kann aber nie eine Abtretung erzielen und zwar deshalb nicht, weil — soweit es sich um Forderungen handelt — diese gar nicht dem Gemeinschuldner zustehen, mithin eine Abtretung unmöglich ist.[2])

Daher muß die Bezeichnung des Anspruchs des § 46 als eine Ersatzaussonderung als eine wenig treffende erscheinen;[3]) denn nennt man den Anspruch aus § 46 Ersatzaussonderung, so sagt man damit, daß er ein als Ersatz gewährter Aussonderungsanspruch sei. Richtiger dürfte es sein, den § 46 mit Aussonderungsersatz zu bezeichnen. Diese Bezeichnung würde, auch wenn man der hier dargelegten Auffassung nicht beipflichtet, genügen, um den § 46 treffend zu bezeichnen, da er die rechtliche Natur des Anspruchs aus § 46 dahingestellt sein läßt und nur sagt, daß § 46 einen Ersatz für die vereitelte Aussonderung

---

[1]) Oetker, Zeitschr. f. Z. P. Bd. 22 S. 72.

[2]) Es möge noch kurz erwähnt sein, daß der Anspruch aus § 46 auch kein Schadensersatzanspruch sein kann, da er von der Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens unabhängig ist. Der Gegenstand kann zwar für ein Mehr, aber auch für ein Minder veräußert worden sein gegenüber dem wirklich entstandenen Schaden, trotzdem ist immer nur die noch ausstehende Gegenleistung bezw. bereits eingezogene abzutreten bezw. herauszugeben.

[3]) ebenso Romeick S. 60.

biete. Diese Bezeichnung würde auch die rechtliche Natur des Anspruchs treffen, da der Anspruch des § 46 als ein besonders gearteter Ersatzanspruch aufzufassen ist.[1]) Als solcher bedurfte er einer besonderen Festlegung in der K. O.; denn der im römischen Recht für Sachgesamtheiten geltende Grundsatz: pretium succedit in locum rei gilt im heutigen Recht — von einer einzigen Ausnahme im Erbrecht § 2375 B. G. B. abgesehen — nicht.

§ 46 gewährt demnach einen Anspruch auf Ersatz für die durch die Veräußerung des Gemeinschuldners oder Verwalters unmöglich gemachte Aussonderung; er kann von jedem geltend gemacht werden, der ohne die Veräußerung aussonderungsberechtigt gewesen wäre und geht auf alles das, was aus dem Veräußerungsgeschäft der Masse zusteht oder in die Masse geflossen ist. Er ist gleich dem Anspruche des Aussonderungsberechtigten vor dem Anspruche der Massegläubiger zu befriedigen.

---

[1]) vgl. Rintelen, S. 120; v. Sarwey-B., S. 129, Anm. 6.

Lebenslauf.

Geboren am 11. März 1880 zu Mühlsdorf, Kreis Neustadt OS., als Sohn des Bauergutsbesitzers Johann Schneider und seiner Ehefrau Rosalie, geb. Merfort, katholischer Religion, preußischer Staatsangehörigkeit, erhielt ich meine Gymnasialbildung auf dem Kgl. Gymnasium zu Neustadt OS. und bestand Ostern 1902 das Abiturientenexamen.

Hierauf studierte ich zunächst Medizin, dann Theologie und von Weihnachten 1903 ab Jura an der Universität zu Breslau.

Am 2. April 1908 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und im Juli desselben Jahres das mündliche Doktorexamen.

Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 8. Mai 1908 bei dem Kgl. Amtsgericht in Friedland OS. Am 8. Februar 1909 wurde ich dem Kgl. Landgericht in Oppeln überwiesen.

Seit dem 1. Oktober 1909 genüge ich meiner Militärpflicht bei dem Infanterie-Regiment von Winterfedt (2. OS.) Nr. 23 in Neisse.